

# *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*

Denise Réaume

## *Author's Note*

Initially, I saw the exercise of writing a judgment in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* merely as an opportunity to convert some previous academic work<sup>1</sup> into a more “practical” form, partly to test how well my theoretical ideas about equality worked in dealing with the intricacies of a concrete case. Unlike many others involved in this enterprise, I have no prior involvement with the case, and I had no strong views about the correct outcome when I started. If anything, I thought that the Supreme Court of Canada had probably gotten the right answer. I was mainly concerned that the abstract test devised was not particularly illuminating and, for this reason, was open to abuse and obfuscation. I was also concerned that the widespread condemnation of the dignity element of the test laid out in *Law* has been too hasty and leaves us with no constructive avenue for engagement with the jurisprudence. I wanted to take a stab at giving more content to the idea of human dignity in a manner consistent with the art of judicial decision making. (I am not sure I was entirely successful at this latter objective—I fear that you may be able to take the girl out of the academy, but you cannot entirely take the academy out of the girl.)

In a word, I thought this was going to be a breeze. It was anything but, and I have both gained greater appreciation for the judicial enterprise and, I think, made my own views about equality more precise in the effort to grapple with *Law*. Writing the judgment has been a profound learning experience—both my understanding of the issues in the case and aspects of my general account of equality changed in the process. Bringing together theory and application deepened my understanding of each. Above all, writing this judgment has illustrated to me once again the truth of the feminist claim that taking gender into account makes a difference in the analysis of legal issues. I initially did not have much sympathy for Nancy Law’s claim. Yet, this being the Women’s Court of Canada, it seemed appropriate to consider the equality claim not only through the lens of age but also in light of the gender

---

1. “Discrimination and Dignity,” reprinted in Fay Faraday *et al.*, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (Toronto: Irwin Law, 2006) 123.

dynamics operating behind the scenes. For me, this transformed almost everything about the analysis of the concrete facts. I hope the demonstration of this transformation is evident to others.

The desire to deal with the gender implications of the age limitation on eligibility for the *Canada Pension Plan* survivor benefit introduces what some might think is an element of artificiality into the judgment. It means dealing with an argument that was never put to the lower courts and requires introducing new empirical material that was not before the courts. I have tried to mitigate the artificiality by drawing only on material that is publicly available through sources such as Statistics Canada. This raises a more profound issue, however. I do not know why counsel decided to argue the case exclusively on age grounds—perhaps way back in the early nineties they thought that the explicit use of an enumerated ground of discrimination was bound to be struck down. As it turned out, equality doctrine was a moving target all through the period during which the case moved through the system. Under these circumstances, it strikes me as unfair and unwise to stick closely to the original arguments when so much has changed in the interim. It also struck me as something of an abdication of responsibility not to go into the sex discrimination dimension of the case simply because the claim had not been seen in that light when the design of the survivor pension is so much bound up with the gendered conditions that govern women's financial security. So I have taken some license to allow the Women's Court of Canada to look more broadly at the issues raised by the case.

Given the symbolic status that *Law* has, both because the Supreme Court of Canada was intending to impose order on the doctrine and because of the influence of “the *Law* test” since 1999, many may read this Women's Court of Canada decision looking for either a critique or endorsement of this test. I did not approach the case either as an opportunity to lay down the law or as a vehicle for addressing all of the concerns and criticisms that have been voiced about the Supreme Court of Canada's decision. While I acknowledge the value of predictability in the law, I doubt that we are yet in a position to lay out a test for equality violations that is capable of dealing adequately with the range and complexity of the issues likely to arise. If this is true, the attempt to formulate a test risks unduly constraining the development of the law. So I have not framed my analysis as a direct response to the Supreme Court of Canada's approach but, rather, “decided” the case as I would have done in the Supreme Court of Canada's place.

### *Note de l'auteure*

Au commencement, je n'ai vu dans l'exercice de rédaction d'un jugement dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* qu'une

occasion de convertir une recherche universitaire préalable<sup>1</sup> en une forme plus «pratique», au moins en partie afin de constater à quel point mes idées théoriques sur l'égalité arriveraient à résoudre les subtilités d'un cas concret. Contrairement à plusieurs autres collègues participant à cette entreprise, je n'ai aucune implication antérieure dans cette affaire et j'étais plutôt ambivalente quant au résultat au tout début. J'étais plutôt portée à croire que la Cour suprême du Canada avait probablement trouvé la solution juste. J'étais surtout préoccupée par le fait que le critère abstrait proposé n'était pas particulièrement éclairant et, de ce fait, pouvait mener à des abus et à des obscurcissements. J'étais aussi inquiète car la condamnation généralisée du critère de la dignité dans l'analyse de l'arrêt *Law* avait été trop rapide et nous laissait sans avenue constructive pour lancer une discussion au sujet de la jurisprudence. Je voulais tenter d'étoffer l'idée de la dignité humaine d'une manière conforme à l'art de l'adjudication. (Je ne suis pas persuadée d'avoir entièrement réussi à atteindre ce dernier objectif—je crains que même si l'on puisse sortir la fille du milieu universitaire, l'on ne puisse entièrement sortir le milieu universitaire de la fille!)

Bref, je m'attendais à ce que cela se fasse en un tournemain. Il en a été tout autrement et j'ai acquis à la fois une plus grande appréciation de l'entreprise judiciaire et selon moi, j'ai dû préciser mes propres idées quant à l'égalité dans mon débat avec l'arrêt *Law*. La rédaction du jugement a été une expérience d'apprentissage importante—tant ma compréhension des questions en litige que certains aspects de ma théorie générale sur l'égalité ont été modifiés en conséquence. La croisée de la théorie et de son application a enrichi ma compréhension de chaque aspect. Avant tout, la rédaction de ce jugement m'a prouvé encore une fois la vérité de la maxime féministe en vertu de laquelle le fait de prendre en compte le genre exerce une influence profonde et différente sur l'analyse des questions juridiques. J'avoue que le recours de Nancy Law ne m'était pas particulièrement sympathique. Et pourtant, il semblait approprié que le Tribunal des Femmes du Canada examine la notion d'égalité non seulement à la lumière de l'âge, mais également par la lentille de la dynamique de genre qui opérait à l'arrière-plan. Cela a transformé, pour moi, la quasi-totalité de l'analyse des faits concrets. J'espère que la démonstration de cette transformation sautera de la même manière aux yeux des autres.

Certaines personnes vont peut-être trouver qu'il y a un élément artificiel à ajouter à ce jugement l'examen des implications de genre sur la limite d'âge imposée à l'admissibilité à la pension de la survivante ou du survivant à la suite du décès d'un conjoint ayant contribué à ce régime. En effet, cet argument n'a

---

1. «Discrimination and Dignity» reproduit dans Fay Faraday *et al.*, dir., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, (Toronto: Irwin Law, 2006) 123.

jamais été invoqué devant les tribunaux inférieurs et il faut, en conséquence, ajouter des données empiriques nouvelles que les tribunaux n'ont jamais analysées. J'ai tenté de mitiger cette artificialité en utilisant simplement des données qui sont à la disposition du public par des sources comme Statistique Canada. Cela soulève une question encore plus épineuse, cependant. Je ne sais pas pourquoi les procureures ont décidé d'invoquer exclusivement l'âge dans cette affaire—elles pensaient peut-être à cette lointaine époque du début des années 1990 que l'utilisation expresse d'un motif de discrimination énuméré suffirait sûrement pour faire déclarer une disposition invalide. De fait, les théories de l'égalité ressemblaient à du sable mouvant durant toute la période pendant laquelle l'affaire procédait dans les méandres du système judiciaire. Dans ces circonstances, il me semble injuste et malavisé de s'en tenir aux arguments originaux quand il y a eu tant de changements dans l'interim. Il m'aurait semblé aussi que j'abdiquais à mes responsabilités si j'avais renoncé à l'aspect discrimination fondée sur le sexe en l'espèce, simplement parce que la question n'avait pas été ainsi perçue la question, alors que la conception du régime de pensions pour les survivantes et les survivants est si intimement liée aux conditions de genre qui gouvernent la sécurité financière des femmes. J'ai donc pris la liberté d'autoriser le Tribunal des Femmes du Canada à élargir les questions soulevées dans cette affaire.

Étant donné le statut symbolique de l'arrêt *Law* qui tient autant au fait que la Cour suprême du Canada y concrétise son intention de mettre de l'ordre dans ces théories qu'à l'influence subséquente du «critère de l'arrêt *Law*» depuis 1999, de nombreuses personnes vont peut-être lire cette décision du Tribunal des Femmes du Canada en y cherchant soit une critique soit une approbation de ce critère. Je n'ai pas abordé l'affaire comme une occasion d'imposer la loi ni comme un véhicule pour répondre à toutes les préoccupations et les critiques qui ont circulé au sujet de la décision de la Cour suprême. Même si je reconnais la valeur de la prévisibilité en droit, je doute que nous soyons déjà dans une situation propice pour proposer un critère de détermination des violations de l'égalité, capable de s'appliquer adéquatement à toute la gamme et la complexité des questions susceptibles de survenir. Dans la mesure où cela est vrai, la tentative de formuler un tel critère risque de limiter indûment l'évolution du droit. Je n'ai donc pas formulé mon analyse en réponse directe à la démarche adoptée par la Cour suprême du Canada, mais j'ai plutôt «rendu jugement» en l'espèce, comme je l'aurais fait à la place de la Cour suprême.